

翻 訳

パウル・ヨハン・アンゼルム・フォン・
フォイエルバッハ

法学原典批判理論綱要

——原典批判は実務家が利用できるものか

村 田 彰
水 津 太 郎 共訳

訳者前注

〔目次〕

I. 法学原典批判理論綱要

1. 目的

2. 体系

a) 解釈と批判

b) 歴史的批判と制定法的批判

c) 低次的批判と校訂的批判

d) 校訂的批判の区別

3. 原則

a) 根拠

b) 関係

c) 基準

II. 原典批判は実務家が利用できるものか

1. テイボーの見解

2. テイボーに対する反論

a) 理論について

b) 論証について

〔凡例〕

- 1) 本文中の () は現著者自身のもの, [] は原文の引用または訳語である。[] 内の補足は読者の便宜を考えて訳者が挿入したものである。
- 2) 傍点は原文がイタリック体であることを示す。ただし、固有名詞およびラテン語については、原文がイタリック体であっても傍点を付さない。

〔I. 法学原典批判理論綱要〕

〔1. 目的〕

ヘルメノイティク〔Hermeneutik〕というものが言葉の真の意味で欠如しているのは、いわゆる論理解釈〔logische Auslegung〕および文理解釈〔grammatische Auslegung〕という未開拓の領域においてだけではなく、原典批判の理論〔Theorie der Kritik〕においても明らかになる。論理解釈および文理解釈についてみると、ヘルメノイティクが必要であることは批判の理論についてよりも切迫しているが、しかしこの必要を充足するのは一層困難である。〔その理由は次の点にある。〕資料が未だ与えられておらず利用できないこと（特に論理解釈について）。相互に錯綜した多様な関係があるところ、そうした理論の考案者がこの多様な関係を、普遍的なことに對する動揺のない確固とした眼差しをもって追求し続けなければ

ばならないこと。創造的で厳密に定立された最高次の諸々の原則と規則が不可欠であること。これらの原則と規則の発見は専ら哲学的精神の産物であり、それらは個別に對する〔auf〕純然たる熟慮では見い出されず、最低限個別を超えた〔über〕純然たる觀察によって補われうるものであるが、しかしそれらの觀察と個別はしっかりと適合し、厳格な因果関係によって学問上申し分のないまとまりを持つものとして調和しなければならない。これらを前提として要求することは、およそ試みというものを躊躇させ、最大の勇氣をもって試みた者ですらもなお長い間到達目的から遙か遠く離れたところに留めおくことになろう。批判については、同じくまだ全く不十分な考証しか与えられていない低次の批判を除けば、豊かな資料に恵まれている。アウグスティヌス〔Augustinus〕、キュジャス〔Cujaz〕、ピンカーシェーク〔Bynckershöck〕、リュッカー〔Rücker〕、ヴィーリング〔Wieling〕、マルカルト〔Marckardt〕、ノート〔Noodt〕その他の著作は、健全な理性による洞察力によって導かれる学問としての批判ではなく、技芸〔Kunst〕としての批判を行なったのであり、諸規則の欠如している箇所を埋め合わせ、そして、しばしば最良の発見と同じように過ちをとおしてためになったのである。——これらの著作は、熟考のための素材、あるいは既に見い出された諸規則についての例をえようとする者を当惑させるものでは決してない。しかし、批判の理論にとっては、なにつ行なわれなかったに等しいのである。ベスト〔Best〕^[1]の著作は、タイトルをみるとこうした批判の理論を約束するようにみえるが、それ自体としては自己の批判的試みを集めたものにほかならず、ただ一つの章であまり満足できないかたちで諸々の規則を展開するにすぎない。エックハル

[1] Guil. Best. ratio emendandi leges. Sive libellus, in quo, secundum regulas certas, plurimae emendantur leges etc. Ultraj. 1707. これは、G. Best. r. e. leges Pandectarum flor. auctorというタイトルで、Jo. Wendel NeuhausによりLips. 1748で再刊されている。

ト〔Eckhard〕のヘルメノイティクは、批判のための補助手段を詳細に論じるあまり、批判とその理論それ自体を失念している。これらの現象はどこから説明されうのか——およそできる者であれば欲しない、そして欲する者はできないのである。かつてレッシング〔Lessing〕が似たような事例で語っているのはこういうことだとわたくしは考える。芸術家がみずからの技芸を鍛錬するのは、技芸の代わりに学問を追い求めるよりも好ましいことである。そうではなく、学問を教えることができる者の場合には、技芸がその者に、あるいはその者が技芸に関心を与えないのが通常である。その上、非常に重要な要因がわれわれの現在の法学文献の精神にある。哲学の批判はほとんど接点をもたないか、もしかしたら全く接点をもたず、しかも、はっきりと注意を惹く実用的な帰結がないことによって関心を惹くことを心得ているので、自らを奮い立たせて、思考している〔denkend〕あるいは実務に適している〔brauchbar〕法学者に相応しいと思われる範囲から完全に外れているところに、今や位置しているのである。

〔2. 体系〕

〔a〕解釈と批判〕

批判は、法学者と関連する限りでは、損なわれた原テキストの復元、法命題を規定している表示の復元に関わる。したがって、批判は解釈〔Auslegung〕（Interpretation）の一部ではない。批判的解釈〔kritische Interpretation〕という名称は矛盾を含んでいる。というのは、解釈とは、言明の意味を叙述し、話し手が自らの言明と結びつけた思考を規定するものだからである。すなわち、解釈は、所与の言明を常に前提とし、内面、精神および思考に到達するために言明から出発するのである。批判をすることによって、わたくしは、言明自体をまず修復し、解釈の準備をするのであって、解釈をするのではない。こうしてみると、批判はヘルメノイティクそのものの範囲から除外できない。批判は確かにヘルメノイティク

に属する。ただ、解釈そのものの条件〔*Bedingung*〕としてのみ属するのである。ある人間が実際にはそのように語りそれとは異なるように語らなかった、ということをおたくしが確信しないうちは、一体、おたくしはその者の言明からその者の思考をどのようにして展開することができるのだろうか。

〔b〕歴史的批判と制定法的批判

われわれの立法の性質、特にローマ法の性質は、直ちに批判を二重の方法に区別せざるをえない。それは批判の目的と対象に応じたものである。ローマ法（一部はカノン法も）は、その大部分が古い著作の諸々の断章〔*Fragmente*〕から構成されているが、これらの著作の断章は、制定法の編纂者たちによって意図的に、ときには単純な誤解から歪曲、変更そして粗悪なものとなされた。そして、そこから生まれた制定法〔*Gesetze*〕は、時の経過の中で他の者の手をへて同様の運命を辿ったのである。写本家と発刊者は、無知や無思慮のためにあるいは恣意的にそのテキストを台無しにしたのである。このことからまず明らかになるのは、次のような批判の方法である。それは、純歴史的批判〔*reinhistorische Kritik*〕とでも呼ぶことができよう。なぜなら、この方法は、法史家そのもののみに属するが、現行法を扱う法学者に属するものではないからである。したがって、この批判は、制定法的批判〔*gesetzliche Kritik*〕とおたくしが名づけようとする批判と決して混同されてはならない。現行法として通用しているものよりも前に通用していたものは何かを我々に教えるのが法史の著述家であり、この者にとっては、立法の源それ自体を改変しない形で有し、現行法を組成しているかつての法体系の諸々の断片を本来の純粋なままで知る、ということに大きな意味がある。立法者によってなされた諸々の変更を発見して立法の源である原テキストを復元することが、今や歴史的批判〔*historische Kritik*〕の作業である。この作業に属するのは特に次のものである。I.) 古い秩序づけ、諸々の断片の本来の関係の復元。このわれ

われの作業の指針となるのは、周知のとおり、主としてインスクリプション
 ーション〔*Inscriptionen*〕である。II.) 原テキストの文言それ自体の復元は、
 とりわけ、1.) インテルポラティオン〔*Interpolationen*〕やトリボニ
 アヌス〔*Tribonianus*〕の修正の発見によって、および、2.) トリボニ
 アヌスの誤解によるマヌスクリプト〔*Manuscripte*〕の注記、略記等々
 を正しく説明することによって行なわれる。——だが、法学者そのものに
 とっては、立法者の口がなにをどのように語ったのか、立法者の手がなに
 をどのように書き記したのか、ということのすべてが変わることなく神聖
 〔*heilig*〕なのである。そこから実際の役に立つ諸々の結論を引き出すため
 に立法者自身がしたことを修正する、という資格を法学者は有していない。
 そうでないとすると、法学者は立法者を超越し、みずから立法者として立
 法者を制御することになってしまうことになろう。しかし、法学者にとっ
 ては言葉で書き記された立法者の意思こそがまさに神聖であるので、立法
 者の言葉をそのままにして改変しないことが法学者の関心であり、義務な
 のである。したがって、法学者の作業は、写本家と編纂者の誤りを発見し
 て改良することによって制定法そのものの原テキストを復元することであ
 る。こうした作業の中にのみ専ら本来の制定法的批判が存する。

〔c〕低次的批判と校訂的批判

この制定法的批判の目的に達する途は様々であるところ、制定法的批
 判はそれ自体様々な名称を有している。それはまず第1に、低次的批判
 〔*niedere Kritik*〕と校訂的批判〔*Conjectural-Kritik*〕とに分けられる。と
 ころで、この校訂的批判とはいかなるものか。この2つの批判の間にしか
 るべく一線が画されるとするなら、広義の校訂的批判は、様々なマヌスク
 リプトまたは刊本の異文〔*Lesart*〕を単純に対比しただけでは根拠づけら
 れないテキストの訂正〔*Emendation*〕をすべて含むと理解されなければ
 ならない。というのは、すべての訂正は、異文の対比（これは低次的批判
 の作業に割り当てられる）による訂正を除いて、自由な校訂、推定、仮

説に基づくものであるからである。これらは、大胆さ、徹底的、徹底的でない、という程度に応じて相互に区別されるにすぎない。わたくしが単純な字句の重複〔Gemination〕からテキストを改めるとき、あるいは、しばしば取り換えられる *B* と *V* を置き換えて意味のない制定法をきわめて有意義なそれに作り変えるとき、わたくしの訂正は推定から出発しているが、この推定は類推〔Analogie〕によってのみその力を得るものである^[2]。すなわち、わたくしは、マヌスクリプトには字句の重複があり、*B* と *V* の字句がしばしば取り換えられる、ということをきわめて重要ないくつもの章句から知っている。そこで今や、わたくしは、自分が理解しない、矛盾している等々の制定法を発見し、重複している字句を正そう、*B* と *V* を置き換えようと試みる。そして、これは驚いた！ 成功だ、ということになる。この箇所ですべて実際に書き手が字句を重複したり *B* と *V* を取り違えたのかどうか、わたくしはこのことを数学的な確実さをもって示すことができない。わたくしの仮説がその結論において完全に満足のいくものであり、仮説は類推をそれ自体として有している、ということが仮説の徹底性と説得力を決定づけるのである。句読法〔Interpunktion〕による訂正についても事情は同じである。すなわち、句読点の付されていないマヌスクリプトによって自己の意思を表示した立法者がこちらの語句を相互に関連させて思考の中で繋ぎ合わせていたが、あちらの語句にはそうしなかったということは、推定の方法による以外には決定することができない。意味を顧慮すると通常の句読法では困難があるならば、立法者は、おそらく思考のなかでそれとは異なるように、すなわち、最も適切かつ正当な意味を有するように、句読点を打ったのであろう。こうしたことが、これらの訂正を行なう際の批判的精神の道程というわけである。——すべてを本当

[2] このことはラテン語になるように字句を置き換えることについては理解されるところである。いうまでもなく、たとえば *bavis*, *berva* など、すべてのラテン語語法の放棄にいたる置換えの場合にはこの理は当てはまらない。

に厳密にみようとするなら、校訂的批判と低次的批判の間に一線を画することができ[ない]であろうし、それどころか後者は同じく前者に組み入れられうるということにすらなりかねないであろう。すなわち、われわれは、ローマ法のいかなる部分についても、あらゆる点で他のものよりも決定的に優先するとされた刊本ないしマヌスクリプトを有していないのである。人目を引く例を用いてこのことを説明しよう。仮にユースティニアヌス帝〔Justinian〕のフィレンツェにある学説彙纂〔Pandekten〕が原本であるとする（けれどもこのようなことをなお主張しようとする者などいるだろうか）、校訂的批判と低次的批判の間の境界はあらゆる疑念から守られるであろう。なぜなら今や、どちらの異文が取られるべきか、という問いを理性をもって投げかけることは全くできないであろうからである。そこでは、健全な目だけが異文の正当性に関するすべての争いを収めるであろう。そうだとすると、「オリジナルマヌスクリプトはかく語っている」というこの言葉は、「ユースティニアヌス帝はかく語った」というお定まりの文句〔Wahlspruch〕と同じものとみなされるであろう。しかしながら、われわれは、制定法の權威に包まれたそのようなマヌスクリプトを有していない。フィレンツェのマヌスクリプトには大きな欠陥があり、したがって、ブレンクマン〔Brenckmann〕すら認めるように、非常に多くの点で流布本〔*littera communis*〕に劣っているに相違ない。このように、わたくしがある異文に他の異文よりもなにか優位を与えるということは、なんらかの校訂に依拠しているのである。様々な異文のうちのどれもが直接には制定法であるとの保証を有さない。わたくしは、このうちから選択しなければならないし、またそうすることが許されているのである。そうすると、わたくしがこちらの異文を選択し他の異文を選択しないということを決定するものはなにか。それは、その異文の内的価値、優雅さ、文脈にしっかりと調和していること、そこから明らかとなる命題が他の命題と適切に合致していること、表現が明確、明白で、文法上正しい

こと、というものである。内的価値を決するのはわたくしの主体性である。そして、これらを根拠にして、あれやこれやの異文を選択し、今やわたくしは結論を手に入れるのである。こちらの異文の方が適切であるという理由で、かくて——その異文は立法者とも結びつけられるのである。つまり、ここでは校訂が重要であり、知力〔*ingenium*〕がものをいうことを否定しようとする者などいるのだろうか——。しかし、これほど厳密に物事を受け取る必要はない。ここでの校訂は、単に選択に限られ、所与のものとの切り離されないものである。だから、これを創造的な校訂〔*erfindende Conjectur*〕から截然と区別し、そして、後者を基礎とする批判は特に校訂的批判、これに対して、前者の批判は所与の領域を超えないがゆえに低次の批判、とそれぞれ呼ぶことができるのである。

〔d〕校訂的批判の区別

さらに、校訂的批判はそれ自体、新たな重要な区別の余地を残している。わたくしが句読点を別の箇所打ち、音節を分離または結合し、字句の重複を取り除き、気音を付加または排除し、マヌスクリプトで明らかに互いに取り違えられている字句を相互に埋め合わせる場合、このことは、およそ専門家には明らかなように、わたくしが単語を置き換え、字句の一对あるいは単語を抹消または付加し、または・しかし〔*aut autem*〕ということ、改訂・否定〔*legatur negatur*〕によって行なう、すなわち〔*ein id est*〕、もしかしたら一文すべてを注釈として完全に塗りつける場合とは全く異なるのである。この違いは次の点にある。すなわち、前者では、マヌスクリプトの内容を一層正確に読み取って叙述することによって刊本を単に訂正するだけか、それとも、確かにマヌスクリプトそれ自体における誤りの改良であるが、しかし同種の事例であれば同じようにマヌスクリプトの著述家によってはっきりと確実に行なわれた類の誤りを改良であるか、のいずれかである。これに対して、後者では、マヌスクリプトの誤りは、明確かつ証明された類推がなければ除去されない。前者では、訂正は、

写本をした者の記述方法に関する規則、または、写本をした者が経験とはかわりなく陥った錯誤に関する規則、によって正当化される。後者の方法による改良は、純然たる仮説であり、他のあらゆる仮説と同様の方法でのみ、すなわち、専らテキストの困難性を完全に満足のいくように取り除くことによって実証されうる仮説である。後者の方法による訂正に関わる批判は、狭義かつ本来の意味での校訂的批判 (*emendatio ex ingenio*)、そして最初に挙げられた方法で語られる批判は通常の校訂的批判 [*gemeine Conjecturalkritik*]、とそれぞれ呼ぶことができる。

通常の校訂的批判と本来の*emendatio ex ingenio*との間の境界線は、およそ低次的批判と校訂的批判一般との間の限界ほどには明確に引かれない。通常の校訂的批判は、非常に様々な段階があり、最終的には純然たる校訂的批判にほぼ完全に解消され、境界の再認識をほとんど不可能にする。すなわち、われわれがマヌスクリプトの書き手の誤りをこれについての規則に従って訂正する場合、この訂正が確実であるかはまず第1にこの規則にかかっているのである。この通常の校訂的批判の基礎にある規則が一般的であればあるほど、その規則は類似または同様の諸事例から抽出されたものであるが、こうした事例が多ければ多いほど、この規則に従って行なわれた訂正は、推定に基づく本来の批判からますます遠ざかることになる。これに対して、諸事例の類推が減少し、類推の源となった諸々の例がいっそう稀有であるか重要でない場合には、通常の校訂的批判は本来の批判に近接する。こうして、*B*を*V*、*O*を*U*に変更する訂正は、本来の校訂的批判から遙かに遠ざかることになる。けれども、*B*と*P*、*F*と*V*、*A*と*U*を置換することはすでになかば純然たる校訂的批判の領域へと入ることになる。ここでは類推は非常に稀であるからである^[3]。

[3] *Best* l. c. C. I. nr. 3.

〔3. 原則〕

概念に関する以上の検討から転じて、批判の手續に照らして主要な原則を定立することにする。

〔a) 根拠〕

わたくしがまず問題とするのは、法学教師が訂正によって所与のテクストから離れてよいのか、という問いである。換言すれば、ここでは訂正できるという判断を法学教師が決定し正当化しうる前提〔*Voraussetzungen*〕と契機〔*Veranlassungen*〕とはいかなるものか。この問いに対する一般的な答えは次のとおりである。すなわち、立法者がそのようには記述しなかったと仮定する諸々の根拠が存在する場合にのみ、訂正をすることが許される。この命題は、おのずと明らかであって証明を要しない。制定法の意味を妨げ、その特定性、明白性または明確性に反し、文脈を損ない、立法者が矛盾していることをそれ自体根拠づけ、立法者が記述する際に用いた言語の諸規則と適合しないすべてのものは、先に挙げた規則が言及する根拠に一般的に属するのである。

しかし、これらの根拠は、互いに取り違えてはならない2種のものに還元されうる。I.) そのいくつかのものは、必然性〔*Nothwendigkeit*〕という根拠、すなわち、実用を顧慮してわれわれに絶對的に批判の適用を強いる根拠であり、それらは法学者であるわれわれに批判を試みることを無条件の義務とさえするものである。だから、この種の根拠は、訂正することを決定づける。なぜなら、訂正しなければ、制定法はそれ自体全く存在しなくなるか、制定法を適用することができなくなるか、のいずれかになるであろうからである。すなわち、これらの根拠となるのは、制定法の本質を攻撃し破壊する欠陥というものである。これに属するのは次の場合である。すなわち、1.) 言葉がいかなる意味も特定の意味も付与しない場合であり、所与のものとされる言葉からは立法者の思考および意思を認識できない場合である。わたくしは（実用を顧慮する場合には）、立法者

が、言葉によってある意味を表示しようとしたが、意味を表示しないで意味ではなく無意味を与えた、ということを仮定することはできないのである。むしろ、わたくしが前提としなければならないのは、立法者はかれがなそうとしたことをなし、もともとなにかを語りたかったのだからなにかをそのまま語った、ということである。そして、それにもかかわらず、わたくしがこうしたことを見い出さない場合には、立法者はそのように語らなかったのである、と推論するのが正当である。この推論は、完全な確証に殆ど至るものであるが、しかし、意味のない制定法なるものはそれ自体として存在しないのだから、訂正の絶対的な必然性をも包含している。すなわち、立法者の認識された意思は制定法の本質をなすのであり、また、制定法は立法者の認識された意思を前提としてのみ適用されうるのである。——[次に]ここに属するのは、2.) 現存しているテキストによれば、立法者自らが矛盾している〔*widerspricht*〕場合である。1.) の事例において生じる根拠は、ここでも全く同じように当てはまる。矛盾している諸規定もまた適用されえず、したがって、これらの規定は、かの諸々の言葉が立法者に由来するものではないという推論を根拠づけるだけでなく、制定法というのは適用されるためにある以上、同時に批判を用いることを強いる〔*nöthigen*〕のである。諸命題に首尾一貫性がないこと、制定法の根拠と制定法上の規定それ自体との間にある矛盾は、ここで前提とされている矛盾の性格を有していない。わたくしが前提としているのは、制定法上の諸規定それ自体の矛盾である。I.) 同一の命令〔*Verordnung*〕の中に矛盾があるのか、それとも、[II.)] 同一の法典上の様々な命令間に矛盾があるのかは、どちらでもよいことである。したがって、わたくしの主張は、学説彙纂〔*Pandecten*〕または勅法彙纂〔*Codex*〕の中で相互に矛盾する様々な〔*verschieden*〕章句にも当てはまる。批判によってすら取り除くことができない諸々の矛盾がローマの法典のこれらの部の中に存するということは、上述の主張を退けるものではない。特にユースティー

ニアヌス帝がこれらの著作には矛盾がないと明言している以上、立法者は、同一の著作の中でおのずから完全に矛盾するということをそもそも前提とすることができない。だから、われわれは、その例外となる決定的な根拠を見い出さない限り、この前提に従わなければならないのであり、したがって、批判によってすら満足 of いく結論に到達しないことを明確に見い出さない間は、これらの矛盾を取り除くテキストを探求する義務があるのである。——これまでに挙げられたものを除くと、II.) 残りのすべては、わたくしがこう名づけてよいとするなら、有用性〔*Nützlichkeit*〕という根拠にすぎない。わたくしは、これをテキストの理解が困難であること〔*Verderbtheit*〕による根拠と理解している。すなわち、テキストが理解困難であることを根拠とするだけでは、制定法は意味を持って適用されるので、実際上の観点から批判する必要がないのである。制定法の単なる曖昧さ、不明確性および混乱、それにもかかわらずヘルメノイティク of 諸規則を用いることにより疑いのない特定の意味を許容するもの、単に言葉使いが不当であること、文や複合文の句の関連の単なる欠如といったものは、I.) の根拠には決して数えられないものである。

おのずと注意を引くのは、訂正が重要であればあるほど、訂正が首尾一貫しうるものであればあるほど、現存しているテキストから離れる諸契機が一層切なるものとして求められる、すなわち、至るところで同一の契機に基づきあらゆる批判を行なうことができるわけではない、ということである。こうして、今や次に問われるのは、訂正の多様性に^レ応じて特別な契機となる根拠〔*besondere Veranlassungsgründe*〕とはいかなるものであるのか、ということである。

これについては以下の諸規則を定立することができるようにわたくしには思われる。I.) 制定法の權威を害する危険と結びつかない訂正は、2種の根拠により行なうことができる。このことから、わたくしは次のことを結論づける。すなわち、1.) 訂正が意味を変更させない、あるいは、

本来の命令の (*der verborum dispositivorum*) 意味を変更させないということであれば、訂正は、有用性という単純な根拠を契機に行なうことができる。わたくしが文法的に正しい文体を著者に期待できるような箇所と言葉使いが正確でないことを見い出すとき、通常用いられている異文によると制定法の基礎に決定的につじつまが合わないことがわたくしに認められるときなどに、わたくしの批判の試みをここで更に妨げうるものがあるとしたらそれは何であらうか。制定法の権威はわたくしを制約しない。意味と命令的文言 [*verba dispositiva*] が本来の制定法を構成するのである。立法者が命令として語らないところでは、立法者は、他のあらゆる著述家と同様にみなされ、かつ、そのようなものとして取り扱われなければならない。立法者の意味に全く近づかないところでは、命令的 [*dispositiv*] 章句の訂正でさえ、制定法の権威を害する危険と結びつかないのである。

L. 22. §. 7. D. sol. matr. [D. 24, 3, 22, 7] *et forsitan altera persona vel propter saevitiam furoris, vel quia liberos non habet, procreandae sobolis caussa tenta sit* [そしてことによると他の者 [配偶者] があるいは精神錯乱の激しさのために、あるいは子を有しないがゆえに、子孫を得ようとする願望にとらわれた場合には], という章句では、わたくしは、間違いなく単に次の点だけで既に訂正を行なう権限を有する。すなわち、人間というのは他の配偶者の精神錯乱がきわめてはげしくみられるという理由から子孫を得ようとする特別な欲求を有する、という考え方はつじつまが合わないことを含んでいる。そして、その代わりにわたくしが *vel propter saevitiam furoris, vel quia liberos non habet, et procreandae* etc. [あるいは精神錯乱の激しさのために、あるいは子を有しないがゆえに子孫を得ようとする] と読むときに、かの章句の命じている事柄が損なわれることは全くないのである。——*L. 1. pr. §. 1. D. de calumniatoribus* [D. 3, 6, 1, pr.-1] の言葉は、わたくしが、しかしこの [*hoc autem*] [1. 冒頭の文言] の前に *competit* [生ずる] [pr. 末尾の文言] を繰り返してみなければ、言

語の規則と調和しえない^[4]。L. 5. §. 1. [D.] de serv. praed. rust. [原文 urb. は誤植] [D. 8, 3, 5, 1] にある *nec haustum pecoris, nec appulsum* [家畜の水を汲み上げる権利も、駆り立てる権利もなく] は適切でなく、他の章句を類推すればこれに反してむしろ *nec haustum, nec pecoris appulsum* [水を汲み上げる権利も、家畜を駆り立てる権利もなく] という言葉に置き換えられるのである。これらの契機に基づきこれらの章句一般を訂正する権利があることを疑うものはまずいないであろう。——2) これらと同一の諸契機に基づいて、われわれは、命令的文言 [Dispositiv-Worte] の意味すら変更してしまう訂正の権利を次の場合に有する。すなわち、かの訂正が単に低次的批判を用いることによってなされるか、それとも句読法、言葉および音節の分離と結合そして字句の重複の解消によってなされるか、のいずれかの場合である。われわれは、制定法により権威づけられたマヌスクリプトを有していない。そもそもローマの法典中の全マヌスクリプトのすべてが多種多様な形で総体 [Inbegriff] を形成しているのが、われわれの [unser] ローマ法典なのである。したがって、われわれは、制定法の権威を危うくすることがないのであり、マヌスクリプトの様々な異文から、われわれが望む限りのいずれかを選択してよいのである。この選択について責任を負うのは、もっぱらわれわれの理性と他者の理性である。その他に挙げられた批判の方法は、基本的にはマヌスクリプトを読む [Lesen] という行為にほかならない。もともとすべてにおいて句読点および章の区切りはなく、字句に字句を重ねて記述されたものだからである。また、字句の重複は略語以上のものではない。したがって、われわれがまたこの批判を用いることによって、われわれは、マヌスクリプトにおける誤り、われわれの制定法の本来の受託者を改良するわけでは全くない。ただ、印刷された刊本をこれらの批判に基づき改良するだけであ

[4] Rücker obs. C. II. p. 99.

る。確かに、われわれがこの批判を用いることによって、われわれがまた、立法者の意思に反すること、例えば字句の重複がないところで重複を取り除き、立法者の思考が句読点を打っていないところで句読点を打ったりすることは、絶えずありうることである。しかし、これらのありうる欠点は、そのように記述されたマヌスクリプトを読むという権利からの必然的な帰結にすぎない。——これに対して、II.) その他の批判の方法（すなわち I. 2）で挙げられた以外の方法）を用いてなされる命令的文言における意味にとつて決定的な訂正は [eine dem Sinn in den verbis dispositivis bestimmende Ermendation], 2つのうちの他に挙げられた（無意味または矛盾により生じる）必然性という根拠に基づいてのみ行なうことができ。マヌスクリプトがそれ自体として合致し、他に通用している章句とも合致する特定の意味を命じている、と正しく読まれたとすると、このことは、それが適用可能な現実の制定法であることをわれわれに予告している。確かに、この制定法は改ざんされた可能性がある。しかし、現実的に [wirklich] そうであることについて確証する根拠は全く存しないのである。制定法は非理性的であるのか。それはともかく、制定法が理性的であるか非理性的であるかを裁定する権利を法学者そのものに付与するのは誰なのか。——制定法が文法に反し、適切に関連づけられていないということか。——適切で規則正しい文体は、確かに立法者に勧められるべきであるが、立法者の行為と密接不可分に結びついているわけではない。適切に記述するのが立法者にとって望ましいであろうことは、立法者がここで現実適切に記述したということをお証明しないのである。——けれども、このことは曖昧で不明確である。この曖昧さなし不明確性を取り除くためにあるのがヘルメノイティクである。簡潔に言うと、制定法であると現実に予告されて認識された命題が理解困難であるとの確証は、それが誤りであることを根拠づけるものではない、ということである。そうであるなら、そのような諸根拠に基づいてその意味を変更しようとすることは、不

合理であろう。われわれは、確実なものよりも不確実なものを優先し、改ざんの単なる可能性ないし蓋然性のために、確信あるものと認識された制定法上の文言の確実な意味を犠牲にすることになるかもしれない。制定法の權威、立法者意思が変更されるという差し迫った危険は、ここで批判に一層狭い限界を定める。そして、この限界が、制定法的批判と古典学者の批判との間の相違の固有の点を構成するのである。

[b) 関係]

批判の理論が応答しなければならない第2の問いは、次のとおりである。それは、批判の様々な方法は相互にいかなる関係に立つのか、批判の方法の優劣関係いかに、という問いである。その答えは簡単である。最も確実な方法がそれよりも確実でない方法に常に優先するのである。すなわち、1.) 低次的批判は、マヌスクリプトの読みに関する諸規則の適用によってのみ現存する刊本を改良する一部の校訂的批判と並んで、他のすべての批判に優先し、2.) その他の通常の校訂的批判（例えば、字句の入れ替え、気音の付加または省略による批判）は、狭義の校訂的批判に優先する。

[c) 基準]

批判の理論については、検討すべきなお一層重要なことがある。およそ訂正についての根拠が存在するというのでは十分でない。訂正されるべき誤りを含んだ章句にあてがわれる訂正に関する根拠もまた存しなければならない。「立法者は、そこで記述されているようには語るはずがなかった、しかし、立法者は現実にはそのように語った」、ということ、われわれは、よりよいものとして提示されたものがそうであると認められたならば、いずれの根拠に基づいても主張できるに相違ない。それにしても、真正な訂正であるとの基準とは一体いかなるものなのか。それが制定法の原テキストを表すということ、われわれは何によって認識するのか。簡潔に言うなら、訂正というものは何によって正当化されるのか。わたくしは、ここではこの非常に包括的な問題についての応答を一般論としてのみ示唆しう

るだけである。

ある訂正が真正であるための基準は、次のとおりである。I.) 訂正が解釈の真正な典拠に反しない場合。例えば、バシリカ法典〔Basiliken〕が変更されたものと合致せず、批判により推敲が与えられたのと同じの言葉・文章を有している場合には、なされた変更は、支持できないものであり、役立たないものである。果たして、われわれが訂正を与える原テキストがこの事例ではかの典拠においても損なわれたこと、そして何によってそうされたのか、ということを明確に証明できるであろうか。ところで、これらの典拠が訂正を完全かつ肯定的に支えるということまでは必要でない。ただこれに反対しないのであればよいのである。しかし、典拠とされたものをなおより助けるのであれば一層望ましいことはいうまでもない。——加えて、II.) 必要なことは、訂正が批判を適用した難点を完全に取り除くこと、および（全く理解できないまたは矛盾している制定法を訂正する場合にこれを用いるときには）完全で、それ自体において合致し、また、他の諸々の法原則とも合致し、明白かつ明確な意味がそこから読み取れることである。更に、III.) 対立する他の訂正が存する可能性、または提示したところと同じくすべての難点を完全に取り除くような訂正が存する可能性がないことである。しかし、最後に、IV.) 訂正は、批判の適用をわれわれに強いた誤りがいかにして訂正によって修復されるべき原テキストから〔aus〕生じたのか、ということが明確に説明されうようになされなければならない。例えば、わたくしが字句の重複を取り除くことによって訂正するときは、今や説明の根拠は、編纂者が字句の重複を看過していたという点にただちに求められる。わたくしが*neque*〔でない〕を*aeque*〔ように〕に変えるときは、書き手が*a*の代わりに*n*と読んで書き記したと理解するより他はないのである。

校訂的批判による訂正が、その形式はともかく、これらの4つの要求を充足する場合には（勿論、批判者はこれについてそれほど多くの例を

われわれに提供するわけではないが), この訂正は新たなヴァリエーnte [Variante] を取り上げるのと同じく重要である。この訂正は, 確かに校訂から出発したものであるが, 結果として確実性に行き着いている。この確実性は数学的な確実性ではない。けれども, それは単純な経験の対象の際に存在しうるような確実性である。すなわち——すべての根拠はそれについてのわれわれの認識の中にある。われわれは, 反対のものがありえないということをはっきりと発見することがない。すなわち, 反対の可能性が普通になお残されているにせよ, われわれは事実を真実であると仮定せざるをえないのである。このことによって, これらの正当化されうる批判は, 大胆な校訂 [gewagte Conjecturen] から区別されるのである。大胆な校訂は, 自然 [科学の] 研究者が諸々の前提を恣意的に仮定する場合の大胆な仮説に等しい。それらは, あらかじめ後で自然によって証明されることを予定し, 満足しないままでその理解したところのものを暫定的に提示するものである。

〔Ⅱ. 原典批判は実務家が利用できるものか〕

さて, さきに規定された批判の諸規則すべてに適合する訂正を実務で用いることに懐疑的に接するものは, たしかな理由を有するのだろうか。なぜ実務家は, あらゆる根拠からみて立法者の原テキストであると認めるよう強いられるテキストに従ってはならないと至る所でいわれるのか。わたくしは, このテキストを用いないというのはまさに, 認識された立法者の意思を認めない, あるいは, 言葉の理解が立法者の思考でないことが決定的な根拠から知られるにもかかわらず, 言葉の理解に従って制定法を適用するのと全く同じことであろう, と考えるのである。しかしながら, 最近, ティボー [Thibaut] 教授は, 批判者の実務上の有用性を少なくとも極めて疑わしいものとした^[5]。この疑念を検討するのは, ここが適切な場所であろう。

〔1. ティボーの見解〕

ティボー氏の理論によれば、実務上用いられるのは、1) 異文の単なる対比による訂正、2) マヌスクリプトの正しい読解およびその字体の解読による印刷された刊本の訂正、のみである。「というのは、この場合には、変更をめぐる問いでは決してなく〔*niemals*〕、問いは常に〔*stets*〕、われわれはマヌスクリプトの字体〔*Schriftzüge*〕をいかに理解すべきか、二義的な字体からいかにして真正な意味を見い出すのか、というものであるからである」。だから、著者は、以下の場合においてのみ校訂的批判の実務上の使用を認めるのである。すなわち、a) 句読法により、または音節と言葉の分離もしくは結合により訂正する場合、b) 関連文言〔*verba relativa*〕を確定文言〔*decisivis*〕から区別する場合、c) 欠けている気音を付加する、あるいは「一貫して〔*durchgehends*〕」他と取り違えられている正しい字句を据える場合においてである。しかし更に、著者は、「これらのすべての特殊性（つまりマヌスクリプトの）が写本家の錯誤ではなく、その書き方の特徴〔*Eigenthümlichkeiten*〕である限り」、という制限を付加している。最後に、d) 記号〔*notas*〕、省略〔*siglas*〕、略語〔*Abbreviaturen*〕、モノグラム〔*Monogrammata*〕、組み文字〔*contignationes litterarum*〕および重複〔*geminaciones*〕を解消する場合。——他のあらゆる批判をかれは実務上用いることはできないとする。この主張の根拠は、著者自身の言葉によれば以下のとおりである。347頁がいうには、「君主は、君主として理性的なことも非理性的なこと〔*das Unvernünftige*〕も定めることができる、だからまた、自身の制定法とい

[5] *Ist die Kritik dem Praktiker brauchbar? In dessen Versuchen zur Ber. einzelner Theile der Theorie des Rechts*, 1. Bd. [ティボーは同論文のあと一部自説を修正し、さらにフォイエルバッハの本論文における批判を受けて再度改説した。Vgl. Anton Friedrich Justus THIBAUT, *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts*, 2. Aufl., Altona 1806, S. 180-190.]

う著作が意味について〔*des Sinnes wegen*〕裁判官と臣民によって変更される〔*verändert*〕ことをそれがどんなに僅かでも許容せず、また許容しないであろう。わたくしはこれっぽっちも語っていないのであり、*u*を*n*に変更すると最大の無意味が最も素晴らしい真実へと作り替えられうるかもしれない。君主は、あれやこれやの小さな適用を許容しようと欲するときには、小さな変更も総じて許すに相違ない。そうするときには、もはやあたかも国家において立法が全く存しないのと同然である。一体いかなる変更が小さなものとみなされるのか。——そして、小事を大事から区別する限界はどこにあるというのか。例えば、制定法を印刷するときに言葉がわずかに逸せられる、というのは非常に簡単な例である。ところで、臣民に、言葉を僅かに挿入することによって臣民にとって誤りとみられる制定法の意味を改良する権利が与えられるとしよう。そうするとほとんどすべての法の制定がご破算となることに争いはない。*non*という3つの字句は小さな言葉を形作るだけであるが、これらの3文字が置き換えられまたは削除されることによって、望むがままにあらゆる制定法の意義を改造することができる。したがって、このように重要でない変更であってもなおすべてが厳格に禁止されている。臣民は疑わしいときにはつねに、君主の真正な解釈はこうであったという最後の逃げ道を取りうる場所、この禁止はいっそう徹底されているのである」。

〔2. ティボーに対する反論〕

〔a〕理論について〕

この証明を検討するより前に、わたくしは、著者の理論が批判を行なう真の権利を裁判官にあることを認めている範囲で、著者の理論に関して若干のことをあえてコメントしておく。

1.) 著者は、批判者の実務上の営みをヴァリアンテの単純な比較に続いて、字体の理解、二義的な字体の意味の発見に制限しているが、どのよ

うにして字句の重複を解消する権利、*h*を付加する権利などをこれに与えることができるのか、全く理解することができない。批判者はおそらくここで、字体を読みかつ解読する以上のことを行なっているのではないか。

2.) 命令的文言〔*verborum dispositivorum*〕を単なる言明的文言〔*verbis enunciativis*〕から区別することは全く批判に属しない。ベスト、エックハルトその他の論者によって批判に組み入れられるとしてもそうである。両者の区別は、本来の解釈、より精確には制定法の文脈に基づく解釈に属する。言明的文言〔*Enunciativ-Worte*〕にアンダーラインを引くこと、あるいはシュヴァーバッハ〔*Schwabacher*〕体、またはハロアンダー〔*Haloander*〕がはじめてそうしたように、アンシアル〔*Uncial*〕体によって命令的文言を印刷することが批判の一種でないのは争いのないことであろう。

3.) 著者は、フィレンツェのマヌスクリプトにおいて「一貫して」相互に取り違えられていることを理由に一定の字句の変更を認めているが、この主張の基礎にあるのはおそらく表現の誤りだけであろう。なぜなら、確かに *B* と *V* のようにしばしば、非常によく互いに取り違えられる字句は存するけれども、しかし、一貫して取り違えられるであろう唯一のペアなるものはない。そのためには、すべてについてある字句の代わりとなる他の字句が存することが必要とされるが、事実はそうではないことは周知のことだからである。

4.) 最後に、著者は、気音の脱落または字句の取違えがただ書き方の特徴であるときに限って、気音または字句の交換の実務上の使用を認め、それが写本家の錯誤であるときはこれを認めない。率直に白状すると、わたくしはこの主張、ときに限ってということが解らず、ほとんど了解できないのである。*h* の脱落がかの写本家の書き方の特徴であるのはどういうときで、またいかなるときにその錯誤であるのか。*B* と *V* の混同は前者に、*F* と *V* の取違えは後者に組み入れられうるとでもいうのか。誰が

この問題にしっかりと応答し、そこでは書き誤り、ここでは書き方の特徴であるとする指標を誰が発見できるのか。事実、考えようとするならこの区別そのものが定かでなくなるのである。フィレンツェ人〔*Florentini*〕の著述家たちが、その言語内に *h* を持たず、その代わりに有気記号〔*spiritus asper*〕を有するギリシア人であったことは周知である。かれらは実際にしばしばこの *spiritus asper* を頭に留めておいたところ、ラテン語を誤ったかたちでギリシア語のように考え、著述したため、*omo*, *abet* [正しくは *homo* [人間], *habet* [有する]] なる単語がかれらの筆から生じるようになった。かれらはそもそもラテン語に通じておらず（ブレンクマン〔*Brenckmann*〕、のちにゲバウアー〔*Gebauer*〕がいかにこれについて〔かれらの〕テキストを読み取れなかったか!）、このようにして実際、錯誤と不知から *berva brovata*, *potat servius* が他の同じようなこととともに生じた。こうしてたびたび錯誤が繰り返されたことが書き方の特徴を生み出した。そうすると、この書き方の特徴がかの錯誤から区別できるということは、効果が原因から区別できることに他ならないのである。

5.) 著者は、一面で批判者に認めるものを、他面では批判者に認めないことにより全く解消されえない矛盾を犯し、混乱している。著者の意見の主題は、みづから356頁で表現するところによればこうである。「印刷された刊本に受け継がれてきたマヌスクリプトの誤りを改良することに批判はどの程度まで関与するのか、この点について批判は役に立たない〔*unnützig*〕のである」。ここで文字どおり著者の言葉を受け取れば、著者は、字句の交換、気音の付加によって訂正する資格すら認めていないことになる。ここでは単純にマヌスクリプトを読むのではなく、作家の書き誤りと錯誤を改良し、このようにしてマヌスクリプトに反して原テキストをあらためて確立するからである^[6]。そうすると、いかにしてかの命題はこの帰結と調和されうるのだろうか。

最後に、6.) 著者が（わたくしが後述するように）不当にも自己の反

対者に投げかけるのと同じ疑問、この疑問はかれ自身にもずっしりと重くのしかかる。すなわち、かれが批判者に容認する訂正と禁止するそれとの間の境界はどこにあるのか。わたくしは、ここで恣意的に引かれた境界ではなく、事物の本性上必然的な境界というものを考えている。著者が *h* の付加を認めるとき、一体なぜかれは *h* の削除すら許さないのか。周知のように、フィレンツェのマヌスクリプトでは類似した例が後者の事例につき前者のそれと同じように現われる。前者は一層しばしば、後者は一層まれに。しかし、しばしば [*häufig*] とまれ [*selten*] との間の境界はどこにあるのか。*Florentinum* が幾度も置き換えられている [*versetzen*]、ということはいく知られている。*subreptus* [盗人] ではなく *subpertus*, *ruinae* [崩壊] ではなく *iurnae* と書いているのである。*Florentinum* が全音節を置き直し、*quantum nepotibus* [どれほど子孫から] ではなく *potum quantibus* と書いているのは著名なことである^[7]。そうすると、わたくしはよく知りたいのである。*omo* の代わりに *homo* を置くことはわたくしに許されるけれども、ある字句または音節を置き直すことについてはこの限りでないというのはなぜか。前者はまさに実務に通用するのに後者は通用しなくなるというのはなぜか。——著者は先に引用された事例を、実務的批判者の権能から次の理由に基づき明確に排斥した。著者は、*transpositio syllabae* [音節の置き直し] から *transpositio verborum* [言葉の置き直し]、そこから音節の付加、音節の付加から言葉の付加などについてぎりぎりの限界はほとんどないとみ、ためにかれの天分は、そうすると一体限界はどこにあるのか、という問いを自己の目前に引き出した。けれども、恣意的にこれらの権能を否定することによってはこの問いから逃れられないのである。ひとたび批判者にマヌスクリプトにおける誤りの改

[6] *Brenemann hist. Pand.* L. II. c. 5. *Gebauer de Brenemann* p. 113.

[7] *Ant. Augustinus emendat.* L. IV. em. 2. (*Otto thes.* T. V.) *Brenemann h. P.* L. II. c. 5. p. 151. *Fornerius rer. quot.* L. II. c. 9.

良を認める者（はたして著者は字句の交換と気音による訂正を許すことでこのことを認めているのである）は、きみたちはこの誤りまでは訂正してよいがそれ以上は駄目である旨を根拠づけて語ることを、全面的にみずから引き受けたのである。

〔b）論証について〕

著者のこの理論についての証明は、理論そのものがすでに維持できないのと同じく維持できないようにわたくしには思われる。

著者の第1の根拠はこうである。君主は「非理性的なこと」をも定めることができること。このようにして——「意味」については君主の制定法を変更してはならない。——著者は具体的説明の冒頭において、他の論者はたんに原テキストの文言の復元を語るにすぎないところで制定法の変更と述べているところ、これは（学校でいうところの）*petitio principii*〔不当前提〕である。なんぴとも制定法を変更してはならないということを否定する者はこれまでに誰もいなかった。けれども、制定法の原テキストを復元してはならない、このことを証明しようとしたのは著者がはじめてである。したがって、著者が、認容されている命題をこれと全く異なり否定されている他の命題に押し込み、こうして戦いの前にすでに勝利を収める、ということは正当化されえない。しかし、著者はまた、一体、立法者は非理性的なことを命じてよいのだから意味については意思を訂正してはならない、という推論にどのようにして至るのか。命令のつじつまが合わないことは意味の変更を伴う訂正を行なう権利をわれわれに与えることができるものではない、ということをわたくしは全く喜んで認める。しかし、このことから、このような批判を全く用いてはならず、無意味または矛盾についてすら言葉から明らかになる意思を校訂的批判によって訂正することが許されない、という結論に向かうのには全く論理の飛躍がある。非理性的な制定法と無意味または矛盾している制定法との間、非理性についての訂正と無意味または矛盾についての訂正の間には大きな相違があるのでは

なかろうか。例えば、相続人が相続財産を相続するときは市役所の前で踊って3回指を鳴らすべき、と命じた制定法は明白かつ明確ではあるが、しかし非理性的であり、したがってわたくしがヴァリアンテ、句読法などによっては決して救済することができないとき、わたくしにとって残されている道は、わたくし個人の理性を批判とともに非理性的な制定法の拘束のもとに歪める以外には全くない。しかし、それは、無意味（言葉と観念を全く結びつけることができない場合）、不特定の意味（言葉と特定の観念を結びつけることができない場合）、矛盾している意味（言葉から明らかになる思考がおのずと相互に台無しになる場合）、これらの意味とは全く異なるものである。つまり、大前提において非理性的な制定法を語る一方、結論において無意味な制定法について語るとするのは不可能なのである。こうしてみると、著者の第1の論証は、それが形式的には正当というのなら、こう述べなければならなかったはずである。「君主は制定法を意味なく与えることができる。すなわち、などなど」、と。かくて、わたくしはこの命題を受け容れることにやぶさかではないが、しかし、そうすると勿論、わたくしは、形式的な不当性から実質的な不当性に、小難を逃れて大難に出会うのである。立法者は、無意味な制定法を与えることができる、アブラカダブラ〔Abracadabra〕の呪文を公布することができる、ということになる。君主はなにができないのか。カール12世〔Carl XII.〕がみずからの長靴を帝国参議院の議長としてスウェーデンに送ろうとしたとしよう。意味のない制定法が、真の制定法とみなされ、理性的であるというなら、それは、スウェーデンの帝国参議院が国王の長靴を——この場合北欧の石頭はかれの脅しを実現したであろう——議長の椅子に置き、国事においてその長靴の命令を待ち望んだのと同じくらいのものであろう。だが、制定法は適用されるべきであるが、意味のない制定法は適用されえない、したがってかれ、君主は制定法が意味なく通用することを求めることはできず、つまりかれは、自己の権威をなんら減じないようわれわれが

制定法を無意味のままにして置くことを求めることはできない。この連鎖式を著者の単純な推論と対立させうるのはもちろんである。

著者のかの演繹に存する第2の論証は、法学教師と裁判官は真正な解釈のための逃げ道を有するからというものである。確かにそうである。けれども、そうすると、そこでは校訂的批判と合わせて同時にあらゆる学理上の解釈の権利を投げ捨てるというのでなければ首尾一貫しない。

第3の論証は法的安定性が害される危険である。大事や小事の訂正があることにかんがみれば限界は存せず、したがって完全な立法が批判の楯に隠れて破壊されうるというわけである。確かに、この種の限界は存しない。しかし、このことからそもそも批判は限界のないものであるということはお導かれないのである。これらの限界がどこにあるのかということはわたくしがさきに考察した。そして、批判がこれらの限界を超えないのであれば、立法および国家にとって懸念すべきことはなにもない。さらに次のことが付け加わる。すなわち、著者が校訂的批判の実務上の通用性に反対して用いるこれらの根拠はまさに、他の論者からは法学教師と裁判官に対して制定法の解釈を行なう権利を否定するために用いられることである。著者がかの論証のなかでこれらの論者に同意したとき、かれらとともにこの結論についても同調することになってしまうことを著者に妨げうるものがあつたのか、わたくしはそのことを知らない。

これらの根拠は、おそらく校訂的批判の実務上の使用可能性についてのわたくしの主張を正当化することになるであろう。

訳者あとがき

パウル・ヨハン・アンゼルム・フォン・フォイエルバッハ (Paul Johann Anselm von Feuerbach, 1775-1833) ——「近代刑法の父」として著名なこの法学者の生涯と業績は、わが国でもよく知られている。ここでは、藤本幸二「パウル・ヨハン・アンゼルム・フォン・フォイエルバッハ」勝田有恒＝山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち—グラーツィアヌスからカール・シュミットまで—』253-266頁（ミネルヴァ書房、2008年）とその文献一覧のほか、近時のものとして、Alfred KRÖNER, Paul Johann Anselm und Ludwig Andreas Feuerbach als Exponenten des Bürgertums im 19. Jahrhundert: Leben und Wirkungen, Aufklärung und Kritik: Sonderheft 12, Schriftenreihe der Ludwig-Feuerbach-Gesellschaft 2, Nürnberg 2007を挙げるにとどめたい。

民法学者にとってフォイエルバッハの名はとくに、サヴィニーとのかかわりにおいて記憶にとどめられている。現在でも一般論としては、ラートブルフの詩的な描写を引くことが許されよう。「フォイエルバッハの言葉は橋げたから橋げたへと大胆に緊張してゆれ動く橋に似ているが、サヴィニーの性質は、その下を行く流れの静かなる尊厳に似ている」、「この2人の偉大な法律家の関係は、生涯、まるで軌道がいつもくりかえしてちらっとふれあう2つの星、それだけにまたただちに一層はげしく反撥しあう星のごとくであった」（Gustav RADBRUCH, Gesamtausgabe, Bd. 3: Feuerbach, Heidelberg 1997, S. 86; 菊池榮一＝宮澤浩一訳『一法律家の生涯—P. F. アンゼルム・フォイエルバハ伝』76頁〔東京大学出版会、1963年〕）。

法典論争の際にフォイエルバッハがティボーに与し、サヴィニーと対峙したことはあまりにも有名である。フォイエルバッハはバンベルク時代（1814－1817年）、「歴史的な法学識とドイツ内国の立法に関する覚

書」(1816年) (Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische teutsche Gesetzgebung, jetzt in: Anselms von Feuerbach kleine Schriften vermischten Inhalts, Nürnberg 1833, S. 133-151) を著し、ティボーとともに「民主主義的青年ドイツの代弁者」(Franz WIEACKER, Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee, in: Festschrift für Gustav Böhmer, Bonn 1954, S. 44) として、のちの「普遍法史」の構想に繋がる視座(耳野健二『サヴィニーの法思考—ドイツ近代法学における体系の概念—』100-106頁〔未来社, 1998年〕〔初出, 1997年〕) から、歴史法学派の方法論を痛烈に批判した。「歴史に属するものはすでに死滅したものである。あるいは歴史法学が説く法なるものは、本当に、生き生きとした民族的なものなのか」(S. 143-144)。この主張は「畏敬の友」クラメールの影響をつよく受けたものであった (S. 138 Fn.*)。

フォイエルバッハが民法にはじめて関心を示したのはキール時代(1802-1804年)である。ティボーの後任としてキール大学に招聘されたフォイエルバッハは、講義と裁判実務の経験、そしてクラメールとの親交をとおして民法に興味を抱くようになった。このようにして著した諸論稿をまとめ、「古典古代の識者にして真の法学者」クラメールに捧げるものとして公刊されたのが、『民法試論』(1803年) (Civilistische Versuche, Gießen) である。サヴィニーの『占有論』(1803年) (Das Recht des Besitzes, Gießen) につき、クラメールが20年来の業績と評したのに対し、フォイエルバッハが「50年といわなければならないと思いました」と述べたのはよく知られているが、『占有論』と『民法試論』が同年に公刊されていることから『占有論』に触発されて『民法試論』が書かれたとみることはできない (Erik WOLF, Paul Johann Anselm von Feuerbach, in: Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl., Tübingen 1963, S. 533)。

ランズベルクはこの書物を評して「それほど深遠なものではない」

(Ernst LANDSBERG, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Abth. 3. Halband. 2, München/Berlin 1910, S. 124) とひとことで断じているが、これに対してラートブルフは、「新たにふみ入った法領域でもただちに創造的な活動を示した」として高く評価し、各論稿の背後にはフォイエルバッハの思想の中心を占める問題、「法律学における経験論と哲学との関係」が現われていると指摘する (RADBRUCH, Gesamtausgabe III, S. 95; 菊池=宮澤訳『一法律家の生涯』96頁)。いずれにせよ『民法試論』が、フォイエルバッハと民法学のかかわりを考究する際に避けて通れない書物であることは疑いない (以下の頁数はマックスプランク Digitale Bibliothek 版による。原典に Vorrede には頁数は付されていない)。最初期の関心が集約されており、また、予告されていた続刊 (S. XIV) は結局日の目をみなかったからである。冒頭に付された「大なる序言」(S. XI) では、民法学の「ある種の奇妙さ」(S. XV) は、哲学と歴史がつねに対置され、前者が後者の嘲笑を受け、後者が前者より蔑視され憐れまれる点にあるところ、民法学を「良きもの」(S. XIV) とするには双方を合わせる必要があり、哲学がなければ愚鈍に、歴史がなければ無謀に至るとはげしい口調で語られている。

本論に所収されているのは、次の8本の論稿である。

- I. Entdeckung des Unterschieds zwischen servitus luminum und servitus ne luminibus officiatur.
- II. Beweis dass die Redhibitorienklage sowohl statt finde wegen Mängeln, welche die Brauchbarkeit der Sache völlig aufheben, als auch wegen solchen, die nur ihren Werth verringern.
- III. Grundlinien zu einer Theorie der juristischen Kritik und Beantwortung der Frage: ist die Kritik dem Praktiker brauchbar?
- IV. Ueber die *L. 13. §. 5. D. de usufructu*. Eine nothwendige kritische Emendation, die wohl keinen Zweifel hat.

V. Was ist ein Directarius? Zur Erklärung der *L. 9. de extraordinariis criminibus* und der *L. 1. §. 1. sqq. de effractoribus et expilatoribus*.

VI. Ueber den römischen Begriff von status und die gewöhnlichen Eintheilungen desselben.

VII. Etwas über die Methode des deutschen Privatrechts mit besonderer Anwendung auf die Frage: ist der Interimswirth für seine Person zu einer Lehnwaare verbunden?

VIII. Ueber *actio in rem* und *actio in personam*, *jus in rem* und *jus in personam*.

本稿はこれらの諸論稿のうちさしあたり第3論文、「法学原典批判理論綱要——原典批判は実務家が利用できるものか」を訳出したものである。読者の便宜のために目次を付加した。凡例と合わせて前注を参照されたい。

法律の解釈は「解釈」と、解釈されるべき原典を確定する「批判」に区別され、批判は解釈に先行するものと位置づけられる。われわれが実定法を解釈する際には、批判に考慮を払うことは少ない。けれども、ドイツ普通法においては事情が異なっていた。というのは、ローマ法については立法者が公証して与えた原典なるものは存在しないと考えられるからである。したがって、法律の解釈以前に、解釈されるべき原典はなにかが大きな問題となった。この問題の構造を理解しないと、ドイツ普通法における法律の解釈論を十全に捉えたとはいえない。けれども、当然のことながら、批判については解釈に比して研究が乏しい。そこで、19世紀初頭の批判理論を代表するフォエイルバッハの論文を訳出し、資料に供することにした次第である。のちにサヴィニーが、この問題でもフォイエルバッハの理論を批判的に取り上げていることを指摘しておこう（Friedrich Carl VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1840, S. 244-245, 248; 小橋一郎訳『現代ローマ法体系第1巻』225, 228頁〔成文堂, 1993年〕）。こうしてみると、批判理論の考察は歴史的にはともかく、現代

の実定法解釈論にとっては無意味であるかのようにうつるが、しかしこの印象は当をえたものではない。批判と解釈の原則は共通するところが少なくない。また、許される批判と、許されない批判の境界が問題とされるのと同じように、批判と解釈それ自体も截然と区別することができるものではない。そして、今日の哲学的前提のもとでは、解釈の対象・客体と、解釈を行なう主体の二分法それ自体を問い直さなければならぬように思われる。とするならば、批判理論はいわば裏側から、あるいはそれ自体によって、法律の解釈という営みを問い直すものといえよう。